

PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS – VISÃO CRÍTICA

RESUMO

Crítica o Sistema Penitenciário brasileiro, alegando que o mesmo não oferece condições materiais e humanas ideais para a recuperação do condenado. Argumenta que, ao defender a aplicação das penas alternativas, busca-se minimizar os efeitos crimínógenos da prisão, reservando as poucas vagas que o Sistema Penitenciário oferece para aqueles indivíduos realmente perigosos.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema Penitenciário; penas alternativas; prisão; Código Penal; Lei n. 6.416/77; Reforma penal de 1984.

Cumprimento o Ministro Hélio Mosimann, Coordenador-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários, pela iniciativa na elaboração de eventos dessa natureza e dizer que é uma grande resposta, especialmente para mim, por ter cobrado a omissão dos tribunais, particularmente, em relação ao drama da prisão. A meu ver, os tribunais têm-se mantido muito distantes desse conflito, desse caos, que é o sistema penitenciário brasileiro. E, lamentavelmente, nos dados estatísticos, as condenações não passam de simples números. É preciso que façamos um mutirão e compartilhemos dessas preocupações e inquietudes.

Esse evento vem demonstrar a preocupação – que também é nossa –, de encontrar soluções, de se manter alerta, de debater o problema, de questionar e de tentar chamar a atenção do Poder central para que se consiga evitar o caos. Estamos nos direcionando para um caminho sem volta. As prisões de São Paulo, por exemplo, passaram a ser simples “casas de passagem”, “de fins-de-semana”. Recolhe-se hoje, foge-se amanhã! No máximo, faz-se um *pequeno estágio*, um *pequeno repouso*! São como aquelas prisões-morcego, mencionadas pelo Prof. Benedicto.

É preciso tomar consciência de que, quando sustentamos e defendemos a necessidade e a legitimidade das penas alternativas, não estamos sustentando, nem defendendo a impunidade; ao contrário, queremos a efetividade do Direito, particularmente do Direito Penal. Quando defendemos a aplicação da pena alternativa, para penas de curta duração, isto é, para aqueles infratores menores, para aqueles indivíduos não-perigosos, buscamos preservar, resguardar as poucas vagas que o sistema oferece para aqueles in-

divíduos perigosos, para os autores de infrações graves, para aqueles que, enfim, não podem conviver em liberdade, sob pena de inviabilizar a nossa liberdade.

Reiteradamente, afirma-se que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, corrompe, desmoraliza, avilta, denigre e embrutece o presidiário, tanto que o saudoso Heleno Fragoso afirmava que *a prisão é um trágico equívoco histórico e que só se justifica quando não houver, no momento, outra solução menos degradante*.

Michel Foucault, que fez, sem sombra de dúvida, o libelo mais contundente contra a prisão, perguntava se a pena privativa de liberdade atingiu o objetivo a que se propunha, ao mesmo tempo em que respondia que esta apenas atingiu o objetivo de estigmatizar, de segregar, de separar o condenado.

Precisamos ter presente que a história da prisão não se confunde com a história da humanidade, isto é, que a prisão só atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, e, antes mesmo que esse século terminasse, entrou em decadência. O marco da preocupação com a falência da prisão começou em 1882, com o “Programa de Marburgo”, de Von Liszt, quando sustentou a *idéia de fim no Direito Penal*, e afirmou que *a pena justa é a pena necessária*.

Enfim, em 1888 e 1889, nos primórdios da União Internacional do Direito Penal, Von Liszt, Adolph Prins, Von Hammel e Garofalo já sustentavam a necessidade de se encontrar alternativas à pena privativa de liberdade de curta duração.

Essas inquietações transpuseram o limiar do século XX e contagiou toda a Europa Continental. A Rússia,

pasmem – um país da cortina de ferro –, em 1926, foi a primeira a adotar uma pena alternativa, ou seja, serviços comunitários. A Inglaterra, em 1948, criou a prisão de fim de semana, que, em 1953, também foi adotada pela Alemanha, para os infratores jovens; em 1963, a Bélgica estabeleceu o *arresto de fim de semana*; em 1967, o Principado de Mônaco criou uma forma fracionada de execução da pena de prisão.

Todas essas inquietudes e preocupações, particularmente da primeira metade do século XX, não contagiaram o legislador brasileiro de 1940, tanto que o nosso Código Penal não trouxe nenhuma alternativa à prisão, nem sequer uma preocupação com a humanização da execução da pena. O fundamento dessa despreocupação do legislador de 1940 decorre do fato de haver tido como antecedente o Código Penal Rocco de 1930, um código de caráter nitidamente fascista.

A primeira tentativa de se humanizar um pouco o Código Penal Brasileiro deu-se com a Lei n. 6.416, de 1977, que reestruturou o sistema de penas e criou, legalmente, o sistema progressivo, com os regimes fechado, semi-aberto e aberto. Mas alternativas à pena de prisão, propriamente ditas, só iremos encontrar com a Reforma Penal de 1984, que entrou em vigor em janeiro de 1985. Porém, desafortunadamente, como sempre se faz neste País, só nos deram um diploma legal, sem as mínimas condições de operacionalizá-lo, sem vontade política, sem dotação orçamentária, sem estrutura para que o Poder Judiciário pudesse aplicar adequadamente as alternativas à prisão, que eram acanhadas, pois, na verdade, abrangiam somente penas inferiores a um ano ou para crimes culposos.

* Texto com revisão do autor.

Ninguém desconhece que uma mesma ação praticada naturalmente (...) tem uma desvalia, um resultado negativo e a mesma conduta praticada com violência ou grave ameaça (...) é, consideravelmente, mais desvaliosa, isto é, muito mais negativa. Considerando esse aspecto, impediu-se que esses crimes possam receber pena restritiva de direito.

Mas mesmo assim, otimistamente, acreditava-se que, pelo menos, os condenados às penas de curta duração e aos crimes culposos não mais iriam para as prisões. Ledo engano. Tivemos de conviver, ao longo do tempo, com as nossas prisões abarrotadas e, assim mesmo, cheias de condenados a penas de alguns meses de detenção ou reclusão, cumprindo-as em penitenciárias. Isto é, retirando a vaga daqueles que, efetivamente, da prisão precisavam, e, o que é pior, sonegando o Direito Público subjetivo do infrator, de receber uma pena alternativa. Falaciosamente, historicamente, sempre se repetiu que não havia como o Poder Judiciário fiscalizar a execução de tais penas.

Numa espécie de brincadeira, gostamos de dizer que nunca vimos um juiz condenar um perigoso delinquente a 8 ou 10 anos de prisão, e, deixando de recolhê-lo à prisão, sustentar que esta não oferece condições materiais e humanas ideais para a recuperação do condenado. Não é possível mandar um ser humano para esse depósito miserável de feras, pois não há nenhuma preocupação com os males, os efeitos criminógenos da prisão. Quer dizer, usava-se um recurso falacioso contra os direitos individuais do cidadão.

Tivemos de suportar, na década de 90, aquilo que chamamos de

uma década perdida, jurídico-penalmente, por adotar uma política criminal do terror, com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, do Crime Organizado, do Projeto da Lei de Crimes de Especial Gravidade etc. A busca da criminalização maciça do aumento das penas, da proibição de progressão, com a violação das garantias fundamentais, ou seja, o Poder Político e a mídia, de um modo geral, sustentando a necessidade de mais pena, de mais prisão, e um Governo que se deixa levar pela grande mídia e pelos seus penalistas de plantão como Hebe Camargo, Boris Casoy e “Ratinho”. Lamentavelmente, “só se joga para a torcida” e, o que é pior, nós, operadores do Direito, deixamo-nos levar por essa política desrespeitosa, violadora, que utiliza o Direito Penal como a panacéia de todos os males, como um Direito Penal simbólico, transformando-nos no “país-do-faz-de-conta”, enganando todos os pobres e ignorantes, desinformados e carentes, fazendo as pessoas acreditarem que, aumentando as penas, evitam-se os crimes.

Desde 1764, Beccaria dizia: *para a prevenção do crime, mais importante que a gravidade da sanção penal, é a celeridade e a certeza de sua aplicação*. Aliás, há poucos momentos o Dr. Scapini disse: *Hoje, o que se vive é exatamente o inverso, ou seja, a certeza da impunidade*.

No meio, enfim, de todo esse desmando, de todo esse arbitrio e da vontade de comandar um país com o Direito Penal, surge, também, algum diploma progressista e liberal, como são as Leis n. 9.099/95 e n. 9.714/98. Porém, como temos dito, só pode ser produto de equívoco, isto é, equívoco do legislador que, provavelmente, não sabia o que estava legislando – digamos, um feliz equívoco!

A Lei n. 9.099, na verdade, foi aprovada por voto de liderança, em uma quinta-feira à noite, na *ausência* dos parlamentares. A Lei n. 9.714 não teve melhor sorte; acreditávamos que a Lei n. 9.714/98 trouxesse mais de uma dezena de alternativas mas, lamentavelmente, foram vetadas pelo Poder Executivo – pelo menos, como saldo, foi elevado o limite possível da substituição para penas não superior a quatro anos. Na verdade, temos as mesmas três alternativas anteriores, acrescidas de mais duas. Na realidade, foram duas novidades: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, além de duas subespécies, somente para ser simpático: a prestação de outra natureza e a proibição de frequentar determinados lugares.

Como se aumentou o limite das penas passíveis de serem substituídas, elevando, inclusive, para até quatro anos, era preciso que se estabelecessem alguns requisitos; que se limitassem as possibilidades, isto é, que se ampliassem as exigências para sua concessão. Por isso, as penas não superiores a quatro anos podem ser substituídas, *desde que os crimes não tenham sido praticados com violência ou grave ameaça*. Por meio dessa previsão, impede-se que os crimes violentos recebam a substituição. Constatase que, nesse caso, o legislador levou em consideração não apenas o desvalor do resultado, mas, particularmente, o desvalor da ação.

Ninguém desconhece que uma mesma ação praticada naturalmente – subtração de coisa alheia – tem uma desvalia, um resultado negativo e a mesma conduta praticada com violência ou grave ameaça – subtração da coisa alheia com arma, com violência direta ao cidadão – é, consideravelmente, mais desvaliosa, isto é, muito mais negativa. Considerando esse aspecto, impediu-se que esses crimes possam receber pena restritiva de direito.

Mas, enfim, quando se fala em penas alternativas, pensamos ser necessário esclarecer dois aspectos: em primeiro lugar, não se trata de penas alternativas, mas substitutivas e, em segundo lugar, quem são penas novas, pois resumem-se à prestação pecuniária e perda de bens e valores.

Não são novas, porque prestação pecuniária é apenas um neologismo utilizado pelo legislador para uma pena que deveria chamar-se multa reparatória ou multa indenizatória, pois tem a finalidade de minimizar o dano sofrido pela vítima. A perda de bens e valores é só um eufemismo para se aplicar a velha pena de confisco, que Carrara, a seu tempo, já afirmava ser impolítica, desumana e aberrante. Assim, a multa reparatória já era defendida em 1888 e 1889, por Adolph Prins e Garofalo, para substituir penas de curta duração, e a pena de confisco já é proscrita desde o século XIX. Portanto, não são novas.

Por outro lado, também não são alternativas. Primeiro, o juiz tem de concretizar a pena privativa de liberdade na sentença, encontrar a pena de prisão efetivamente a ser aplicada e, depois, substituí-la por uma restritiva de direito. Então, a natureza dessas penas não é alternativa, mas substitutiva, ao contrário daquilo que ocorre no Juizado Especial, onde não são substitutivas, mas alternativas. Por quê?

Porque no Juizado Especial não tem de ser encontrada a pena concretizada, aquela que seria aplicável no caso concreto. Aplica-se diretamente a pena restritiva de direito. Por isso, no Juizado Especial, ela é alternativa e não substitutiva.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de valor fixado pelo juiz, no mínimo de um e no máximo de trezentos e sessenta salários mínimos. A denominação desta pena, "prestação pecuniária", não corresponde à sua natureza jurídica e nem ao seu retrospecto histórico, porque, na verdade, ela tem uma função reparadora. A segunda metade do § 1º do art. 45 diz que o montante da prestação pecuniária *pode ser descontado* de eventual condenação em ação de reparação civil. Significa dizer que a finalidade desta pena é reparar o dano ou, pelo menos, minimizá-lo. Portanto, a denominação mais adequada seria multa reparatória ou multa indenizatória.

Quem é, afinal, o destinatário imediato desta pena? Diz o texto legal que é a vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada. Ora, considerando a natureza jurídica da sanção, que é a de reparar o dano, evidentemente que o destinatário imediato só pode ser a vítima e, na sua ausência, seus dependentes. Não teria sentido, havendo vítima e existindo dano a reparar, que o julgador pudesse, aleatoriamente, a seu bel-prazer, destinar para entidade pública ou privada. A finalidade, a função é reparar o dano. A dedução exige que sejam coincidentes os beneficiários. Não teria sentido o juiz escolher e determinar que essa pena se destinasse a uma entidade qualquer e, depois, na hora da compensação da ação de reparação civil com a prestação pecuniária, usasse do argumento de que não são coincidentes os beneficiários. Convenhamos, seria uma verdadeira heresia jurídica. Por isso, sustentamos que a escolha do destinatário – vítima ou entidade – não é uma faculdade do julgador. É, prioritariamente, a vítima ou seus dependentes. Ocorre-me que somente em duas hipóteses o juiz pode destinar esta pena para uma entidade pública ou privada: se não houver vítima ou dependentes no crime – vítima imediata – ou, ainda, havendo vítima ou dependentes, não haja dano ou prejuízo a ser reparado. Nessas hipóteses, caso se prefira aplicar essa pena, poderia, evidentemente, ser destinada a uma daquelas entidades referidas na

lei. Afora isso, não é uma faculdade do julgador, com a devida vênia.

Ademais, parece-me que também se comete um equívoco quando se destina à vítima ou a "seus dependentes". Ora, isso ignora, desconhece a história do Direito brasileiro que disciplina, preferentemente, a *relação sucessória*. Evidente que, num determinado momento, o sucessor também é dependente, mas, com o passar do tempo, ele adquire sua independência e continua sucessor e, em sendo independente, desaparecendo a vítima do crime, ele, sucessor, não terá direito a esta reparação. Assim, o direito à reparação decorrerá não da relação sucessória, mas da relação de dependência. Isso me parece um equívoco do legislador, mas é a previsão legal que temos.

Outro equívoco diz respeito à dedução, isto é, à possibilidade de compensação da prestação pecuniária em eventual condenação em ação de reparação civil. Ora, quando o legislador exige a condenação em ação de reparação civil para poder compensar a prestação pecuniária, está ignorando a *praxis* brasileira, desconhecendo aquilo que é histórico e tradicional no nosso ordenamento jurídico brasileiro, que todos nós aprendemos no primeiro ano da universidade: é melhor um mau acordo do que uma boa ação em juízo, pois não se desconhece a deficiente celeridade da Justiça e, também por isso, a necessidade de estimular as pessoas ao diálogo, a buscar a composição dos litígios. Não tem sentido, pelo que diz a lei, que se estimule o indivíduo a litigar até o fim, até que surja uma sentença condenatória para, depois, ele ter o direito de compensar aquilo.

Os estados brasileiros, de um modo geral, e pensamos que a Justiça Federal também, de tempos em tempos, têm feito os velhos mutirões, selecionado aqueles juizes que são mais hábeis na composição, que têm mais habilidade para negociar, para aproximar as partes, para buscar os projetos "sentença zero". É uma tentativa de minimizar o drama da Justiça e diminuir os processos que estão nas prateleiras. Enfim, a composição ainda é a melhor solução dos conflitos sociais levados ao Judiciário.

Esse tipo de previsão legal ignora essa política!

Entendemos, porém, que qualquer acordo entre as partes, celebrado em juízo, no seio do processo, homologado pelo juiz, constitui título executivo judicial, passível de ser levado à execução tanto quanto uma senten-

ça condenatória da ação de reparação civil. O efeito executório é o mesmo. Como se tem um título, tanto no acordo celebrado em juízo quanto na sentença condenatória de uma ação de reparação civil, sustentamos que esse acordo, homologado pelo juiz, também pode permitir, admitir a compensação daquela pena de prestação pecuniária. Caso contrário, ficaríamos estimulando as pessoas a ficar digladiando, debatendo e levando os recursos aos tribunais para, afinal, poder ter o direito à compensação. É uma forma de suprir uma deficiência da lei dentro de uma interpretação sistemática.

A segunda "novidade", como afirmamos, é a perda de bens e valores. Um eufemismo do legislador constituinte, autor da liberal "Constituição-cidadã", de 1988, que criou, dentre o rol de penas, a perda de bens, isto é, não teve coragem de dar o nome adequado – "pena de confisco" – que já era combatida por Carrara no século XIX, que o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente, nunca adotou, que o Código Penal de 1940 não adotara, e a Emenda Constitucional de 1969 proibia, que até a Constituição Paraguaia de 1992, em seu art. 20, proíbe como pena.

É preciso ter presente que esta pena que estamos combatendo, a pena de confisco, não pode ser confundida com o confisco efeito da condenação, previsto no Código Penal. Temos o confisco como efeito da condenação do art. 91, inc. II, do Código Penal, mas é confisco dos instrumentos e produtos do crime. O que se adotou, o que combatemos é a pena de confisco. Esta pena não confisca os instrumentos e produtos do crime, mas o patrimônio do condenado. Na nossa ótica, confiscar o patrimônio do condenado viola o princípio da personalidade da pena. O patrimônio, a partir de um determinado momento, não é do condenado, pertence à família, ao seu consorte, aos seus sucessores. Quando se confisca indistintamente, está-se violando esse patrimônio, porque o confisco, historicamente, tem servido apenas para a vingança privada, a vingança política e a vindita privada. Os países democráticos têm condenado esse tipo de sanção penal.

Pelo menos, para minimizar sua inconstitucionalidade, o confisco tem limites.

Na realidade, não se pode esquecer de que se trata de uma pena substitutiva. Isso significa dizer que só poderá haver o confisco de bens do condenado quando estiverem presentes os requisitos objetivos e subjetivos

Não dirijo minhas críticas às penas alternativas, mas à prisão, que deveria ser reservada apenas aos indivíduos perigosos. Censuramos a má elaboração do texto legal e as dificuldades operacionais que a lei nos apresenta. A crítica sistemática que faço é apenas em sentido construtivo. Continuo defendendo ardorosamente as penas alternativas, única forma de minimizar o drama da prisão; por isso, tenho de sustentá-las e defendê-las eternamente.

para a substituição, ou seja, só pode ser aplicado para a pena não superior a quatro anos; e para o crime que não seja praticado com violência ou grave ameaça. Pelo menos, estabelece-se um limite: o que for maior – o montante do prejuízo causado à vítima ou o proveito obtido pelo réu. Ainda que se trate de um réu milionário, arquimilionário, cheio de dinheiro, o limite não poderá ser um percentual das suas riquezas, mas aquilo que, apurado nos autos, for o prejuízo causado ou o lucro obtido. Pelo menos há esta limitação, para amainar um pouco a inconstitucionalidade.

Além dessas duas penas, temos também a possibilidade de duas subespécies de pena. Por que lhes atribuímos essa classificação? Ora, a prestação de outra natureza é uma espécie de substituta da substituta. A pena substitutiva já é a prestação pecuniária. A prestação de outra natureza só pode substituir a pena substitutiva da prestação pecuniária. É uma espécie de segundo reserva. É aquele “que não é escalado nem para o banco”. Só nesta segunda hipótese ele pode ser chamado.

Sobre prestação de outra natureza, diz o texto legal: *Havendo concordância do beneficiário, a prestação pecuniária pode ser substituída por prestação de outra natureza.*

Trata-se, na verdade, de substituir a natureza da prestação. Ora, se a prestação pecuniária pode ser substituída por prestação de outra natureza, esta pode ter qualquer natureza, menos pecuniária. Lógico, senão não será prestação de outra natureza. Como prestação de outra natureza, pode ser qualquer coisa. Que coisa? Não sei. Menos pecuniária! Mas, se pode ser qualquer coisa, estamos tratando de pena inominada, que é indeterminada e, por consequência, esbarra no princípio da reserva legal.

Este princípio da legalidade, deve abranger não apenas o preceito primário, que define a conduta típica, mas também o preceito secundário, isto é, a sanção penal.

É preciso que o indivíduo, antes de praticar o fato, saiba quais são as consequências a que está sujeito. É necessário que a sanção penal seja abrangida pelo princípio da reserva legal, porque, caso contrário, não se terá como combater a arbitrariedade estatal, não se terá como saber quais são as consequências que podem advir de uma conduta qualquer, e isto esbarra no princípio da reserva legal.

A prestação de outra natureza tem um outro aspecto. Como o texto legal diz *dependendo da concordância do beneficiário*, ela tem natureza consensual. Prestação de outra natureza, então, é uma sanção penal de natureza consensual. Significa dizer que o julgador, antes de aplicá-la, tem de ouvir o beneficiário, a vítima, que receberia o benefício desta prestação. É preciso saber se ele está de acordo em receber prestação de outra natureza. Como a vítima, o beneficiário tem de ser ouvido, sustentamos que esta pena, como regra, só pode ser aplicada pelo juiz de Primeiro Grau. Os tribunais, nesse aspecto, de um modo geral, estariam impedidos de aplicá-la, porque não seria razoável sustentar que o tribunal intimasse o beneficiário para assistir à sessão e ver se está de acordo com essa substituição.

É bem verdade que existem outras infrações penais passíveis de serem substituídas, em que não temos vítima, dano ou prejuízo a serem substituídos. Naquelas hipóteses, em que não dependemos do consentimento da vítima, ou porque o prejuízo é de ordem pública ou porque o prejuízo é presumido, faz parte desta ordem estabelecida, não haveria dificuldades para que os tribunais pudessem também aplicar como, por exemplo, no não-recolhimento do INSS, na sonegação fiscal etc. Não vemos, nesses casos, nenhum problema se, de repen-

te, o próprio tribunal optasse por essa solução.

Afora isso, no mínimo, estaríamos suprimindo um grau de jurisdição e violando o direito que tem o beneficiário de ser ouvido e de consentir numa pena de natureza consensual.

A segunda subespécie – que pena não é, é uma subespécie, porque é uma das modalidades de *interdição temporária de direito* – é a proibição de frequentar determinados lugares. Que o legislador de 1930, 1940 pudesse pensar em proibição de frequentar determinados lugares, como condição de *sursis*, seria admissível, porque ainda se falava em zona do meretrício, em casas de tavolagem, esses lugares que o juiz deveria proibir. Mas, hoje, onde há zona de meretrício? Com essa concorrência desleal que se instalou na coletividade, não existe mais zona demarcada. Nem sei o que é casa de tavolagem. Sabemos porque o Nelson Hungria falava. Em verdade, a pobreza inventiva do legislador brasileiro é uma coisa extraordinária. Ele faz questão de revelar diariamente sua incapacidade de criar qualquer coisa de razoável qualidade técnico-jurídica. A dificuldade que os operadores do Direito têm, depois, para consertar, organizar, sistematizar e interpretar o sistema que deve ser harmônico, é algo brutal. Eles vão destruindo a harmonia que todo sistema deve ter.

Enfim, não será qualquer lugar que se pode “proibir de frequentar”, e essa proibição não pode ser aleatória. Não será um lugar que você saiba que o indivíduo gosta ou precisa frequentar e, por isso, você proíbe. Não é para qualquer crime, nem para qualquer réu; é necessário que mereça, que se adapte, que se recomende, que se aplique esse tipo de sanção penal.

Evidentemente, precisamos contar com a perspicácia, a sabedoria e o talento do magistrado, mas, principalmente, com sua sensibilidade para verificar se naquela circunstância concreta recomendaria alguma espécie de sanção.

É preciso que haja uma relação, um efeito criminógeno do lugar, que não seja accidental ou puramente ocasional, mas que seja uma verificação concreta, que, se aquele indivíduo retornar ao mesmo local, provavelmente será estimulado a reincidir. Mas serão pouquíssimos, com certeza.

O legislador não determina quando, como e para que crimes é cabível “a proibição de frequentar determinados lugares”. As interdições temporárias de direito são penas específicas, cujo cabimento está estabeleci-

do, mas para esta modalidade, esqueceu de prever as hipóteses. Enfim, são as erronias que o sistema traz.

Para concluir, infelizmente, com as modificações introduzidas, conseguiram destruir a prestação de serviços à comunidade que, historicamente, tem sido reconhecida como a melhor das penas alternativas e a mais significativa que temos desde a Inglaterra, proibindo-a de ser aplicada a *penas inferiores a seis meses*, às quais são condenadas a maioria da clientela da Justiça brasileira. Enfim, para essas condenações de até seis meses, as alternativas que tem o juiz são: a prestação pecuniária, a perda de bens, a pena de multa, a limitação de fim de semana, que é incumprível, e a interdição temporária de direitos, que é específica.

Apenas na ótica do legislador, a prestação pecuniária e a perda de bens são receptivas de direito, porque todos sabemos que são pecuniárias, tanto quanto a pena de multa. Tantas penas pecuniárias, não temos como aplicá-las a uma sociedade cuja clientela da Justiça pública são os excluídos, os miseráveis, os despossuídos, a patuléia, os vileiros. Ou seja, aplica-se uma pena inexecutável, como afirmou Scapini. Trata-se de um "país-do-faz-de-conta". Somos favoráveis às penas pecuniárias, mas para quem pode pagá-las e não para a imensa maioria da clientela dos juizados especiais criminais, que são as pessoas mais simples e que não têm sequer dinheiro para pagar a passagem de ônibus para se deslocarem até o fórum.

A proibição de prestação de serviços à comunidade para penas de até seis meses não se aplica ao Juizado Especial, que tem sede constitucional. O art. 98 determina que o autor de infração de menor potencial ofensivo tem direito a transação e a pena de prisão alternativa. Uma lei ordinária não pode revogar, dificultar ou impedir essa previsão legal. Essa restrição da lei ordinária (proibindo aplicação da pena de prestação de serviços comunitários a penas inferiores a seis meses), constante do Código Penal, é inaplicável aos juizados especiais. No Código Penal, ela é substitutiva; no Juizado Especial, trata-se de pena alternativa. Essa interpretação deve ser feita na tentativa de conservarmos essa pena.

Em virtude da dificuldade de se estabelecer o início ou o fim da pena de prestação de serviços à comunidade – fez-se tal afirmação na exposição de motivos –, o cumprimento de oito horas semanais, começando com o

primeiro comparecimento até o último mês, substituiu-se por horas, isto é, cada dia de pena corresponde a uma hora de prisão. Ignorou-se que seis meses de pena não serão, necessariamente, 180 dias, pois pode-se começar a contar em fevereiro, que tem 28 dias, ou em abril, que tem trinta; julho e agosto, por exemplo, têm 31 dias. Ou seja, dependendo da composição dos meses, a soma poderá ser de 182, 183 ou 179 dias. Parece-nos absurdo que tenhamos de fazer tal cálculo.

A prestação de serviços à comunidade superior a um ano pode ser cumprida em menos tempo, desde que não seja em menos da metade. Mas os condenados a até um ano têm de cumpri-la integralmente. Será justo? Claro que não. Contudo, não se pode negar o direito àquele que tem uma pena superior a um ano de cumpri-la em menos tempo. Está estabelecido em lei, é direito dele.

A única alternativa, parece-nos, é determinar que ambos, qualquer que seja a pena, tenham o direito de cumpri-la em menor tempo, desde que não seja em menos da metade. Frise-se que não se trata de uma faculdade do juiz determinar que o cumprimento será em menos tempo, trata-se de um privilégio do condenado perante o juiz de execução de acordo com a lei. Se ele não puder comparecer ou não puder cumpri-la em menos tempo, seu direito não será revogado.

Não dirijo minhas críticas às penas alternativas, mas à prisão, que deveria ser reservada apenas aos indivíduos perigosos. Censuramos a má elaboração do texto legal e as dificuldades operacionais que a lei nos apresenta. A crítica sistemática que faço é apenas em sentido construtivo. Continuo defendendo ardorosamente as penas alternativas, única forma de minimizar o drama da prisão: por isso, tenho de sustentá-las e defendê-las eternamente.

Lamentavelmente, foram vetadas as alternativas de recolhimento domiciliar, de advertência, de frequência a cursos e de submissão a tratamento. Destacamos, particularmente, a de recolhimento domiciliar. O Poder Executivo propôs e elaborou a estrutura desse projeto, que tramitou em todas as Comissões do Congresso Nacional, onde não recebeu nenhum veto. Então, retornou ao Poder Executivo, que o vetou. Mas por que o autor vetaria seu próprio projeto? Será que estariam simplesmente experimentando a sabedoria e o talento do Congresso Nacional? A justificativa para o veto é que essa pena não tinha o efei-

to coercitivo necessário, não atendia ao interesse público.

O mais impactante e o mais preocupante é que o mesmo Poder que vetou a pena de recolhimento domiciliar no Código Penal, em novembro de 1998, sancionou-a e publicou-a na Lei dos Crimes Ambientais, em fevereiro do mesmo ano, consagrando a pena de recolhimento domiciliar. Por que os delinquentes comuns, os miseráveis, os "tradicionais" do Código Penal não podem receber pena de recolhimento domiciliar e os criminosos da Lei dos Crimes Ambientais, que, normalmente, são os empresários, os de "colarinho branco", os poderosos, como, por exemplo, no caso da *Petrobrás*, podem?

Será um problema puramente ideológico? Examinando-o melhor, pensamos ter compreendido. Inicialmente, analisamos a questão juridicamente, quando, na realidade, deveria examiná-la sob a ótica *sociológica*. Ora, deve ter pensado nosso primeiro mandatário: *Não posso assegurar o direito a recolhimento domiciliar para a patuléia, para os criminosos comuns do Código Penal, os excluídos, os despossuídos, pois se hoje assim o fizer, assegurando o direito ao recolhimento domiciliar, amanhã, certamente, me pedirão domicílio. Claro, pois, ao contrário dos praticantes dos crimes ambientais, eles não têm domicílio*. Somente assim, para se entender o veto em uma lei e sanção e publicação em outra, de uma mesma pena.

ABSTRACT

The article criticizes the Brazilian Penitentiary System, stating that it does not offer neither human nor material conditions for the rehabilitation of the inmate.

It says that the objective of defending the use of alternative penalties is to reduce the criminological effects of incarceration, and that the few places offered by the Penitentiary System should be reserved to the real dangerous ones.

KEYWORDS – Penitentiary System; alternative penalties; imprisonment; Criminal Code; Law n. 6,416/77; penal reform of 1984.

Cezar Roberto Bitencourt é Professor Coordenador do Mestrado em Ciências Criminais da PUC/RS, Porto Alegre-RS e Procurador de Justiça aposentado.